

§ 439 BGB

Kein unmittelbarer Anspruch des Käufers auf Ersatz der Ausbaurkosten einer mangelhaften Sache

BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08

Fall

Der Kläger kaufte bei der Beklagten, die einen Baustoffhandel betreibt, 45,36 m² polierte Bodenfliesen des italienischen Herstellers X zum Preis von 1.382,27 € einschließlich Umsatzsteuer. Er holte die Fliesen bei der Beklagten ab und ließ sie dann in seinem Privathaus verlegen. Nach Erledigung der Arbeiten zeigten sich auf dem Fliesenbelag Schattierungen, die mit bloßem Auge zu erkennen sind und die aussehen, als hätten die Fliesen Schmutzflecken. Ein Gutachter stellte fest, dass Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Bodenfliesen geschaffen werden könne, da es sich um feine Mikroschleifspuren in der Oberfläche handele, die auf einen Herstellungsfehler zurückzuführen seien. Eine Beseitigung dieses Mangels ist technisch unmöglich. Die Beklagte hat bei der Lieferung die Mikroschleifspuren nicht erkannt und hatte auch keinen Grund, die Fliesen daraufhin zu überprüfen.

1. Kann der Kläger von der Beklagten die Lieferung neuer Fliesen und den Ausbau der alten Fliesen verlangen?
2. Hat der Kläger einen Anspruch auf Zahlung der Ausbaurkosten?
3. Hat der Kläger einen Anspruch auf Lieferung neuer Fliesen und Ausbau der alten Fliesen, wenn die Beklagte einwendet, dass die Ausbaurkosten i.H.v. 2.122,37 € sie unverhältnismäßig belasten würden?

Entscheidung

1. Frage: Kann der Kläger von der Beklagten die Lieferung neuer Fliesen und den Ausbau der alten Fliesen verlangen?

Dem Kläger kann gegen die Beklagte ein Anspruch aus **§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB** auf Lieferung neuer Fliesen und den Ausbau der alten Fliesen zustehen.

1. Die Parteien haben einen wirksamen Kaufvertrag über die Fliesen geschlossen.
2. Die Fliesen müssten bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen sein. Hier kann ein Mangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt. BGB vorliegen. Eine Beschaffensvereinbarung ist nicht ersichtlich. Mit den Mikroschleifspuren wiesen die gelieferten Fliesen eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen gleicher Art nicht üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache auch nicht erwarten musste. Die von der Beklagten gelieferten Fliesen waren mangelhaft gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt. BGB.

3. Gemäß § 437 Nr. 1 BGB kann der Kläger von der Beklagten Nacherfüllung nach § 439 BGB verlangen.

Nach § 439 Abs. 1 BGB hat der Käufer ein Wahlrecht zwischen der Beseitigung des Mangels und der Lieferung einer mangelfreien Sache. Der Kläger hat die **Nachlieferung** gewählt.

Der Nachlieferungsanspruch richtet sich zunächst auf die Lieferung neuer, mangelfreier Fliesen.

Leitsätze

a) § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 16. Juni 2011 – Rechtssachen C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH).

b) Das in § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB dem Verkäufer eingeräumte Recht, die einzig mögliche Form der Abhilfe wegen (absolut) unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, ist mit Art. 3 der Richtlinie nicht vereinbar (EuGH, aaO). Die hierdurch auftretende Regelungslücke ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu schließen. Die Vorschrift ist beim Verbrauchsgüterkauf einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht des Verkäufers nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert.

c) In diesen Fällen beschränkt sich das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, auf das Recht, den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen. Bei der Bemessung dieses Betrags sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaurkosten nicht ausgehöhlt wird.

a) Nach der früheren Rechtsprechung ergab sich aus § 439 Abs. 1 BGB keine Verpflichtung zum Ausbau der mangelhaften Sache. Der Ausbau gehöre nicht zur Nachlieferung, weil er die zuerst gelieferte Sache betreffe und nicht die nachgelieferte.

b) Der EuGH hat entschieden, dass Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG so auszulegen ist, dass der Verkäufer verpflichtet ist, den Ausbau einer mangelhaften Sache selbst vorzunehmen **oder** die Kosten für den Ausbau zu tragen. § 439 BGB ist unter Berücksichtigung dieser Vorgabe richtlinienkonform auszulegen.

aa) Eine richtlinienkonforme Auslegung ist in der Weise möglich, dass der Nachlieferungsanspruch begrifflich auf die Lieferung einer mangelfreien Sache beschränkt bleibt und durch einen Anspruch auf Ersatz der Ausbauskosten aus § 439 Abs. 2 BGB ergänzt wird (Greiner/Benedix ZGS 2011, 489, 493). Danach wäre die Beklagte nicht zum Ausbau der Fliesen, sondern nur zur Erstattung der Ausbauskosten verpflichtet.

bb) Dem deutschen Gewährleistungsrecht entspricht es jedoch eher, wenn man den **Nachlieferungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB erweiternd auslegt und den Verkäufer zum Ausbau verpflichtet. § 439 Abs. 1 BGB soll dem Verkäufer die Möglichkeit geben, die Nacherfüllung selbst vorzunehmen.** Dieses gesetzgeberische Ziel wird nicht erreicht, wenn bzgl. des Ausbaus nur ein Kostenerstattungsanspruch besteht. Der Verkäufer wird häufig selbst den Ausbau günstiger bewerkstelligen können als der Käufer. Ein Selbstvornahmerecht des Käufers wird im deutschen Recht jedenfalls von der Rechtsprechung nicht anerkannt.

*„[25] 4. Vor diesem Hintergrund ist zunächst **§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB** richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante **„Lieferung einer mangelfreien Sache‘ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache** – hier der von der Beklagten gelieferten mangelhaften Bodenfliesen – **umfasst** (...).*

[26] a) Diese Auslegung ist noch vom Wortlaut des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gedeckt (...). Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird ‚liefern‘ zwar verstanden als ‚bringen‘ oder ‚übergeben‘ einer (bestellten) Sache (...). Auch im nationalen Kaufrecht ist unter ‚Lieferung‘ grundsätzlich nur die Handlung zu verstehen, die der Verkäufer vorzunehmen hat, um seine Übergabe- und Übereignungspflicht aus § 433 Abs. 1 BGB zu erfüllen (...). Dies schließt es jedoch nicht aus, den in § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB verwendeten Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache weiter zu fassen. Denn dieser Begriff ist ausfüllungsfähig und eröffnet einen gewissen Wertungsspielraum (...). Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB zur Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie geschaffen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 230). Dabei hat er nicht nur in der Gesetzesbegründung mehrfach den Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache mit der in der deutschen Fassung der Richtlinie verwendeten Wortwahl ‚Ersatzlieferung‘ gleichgesetzt (BT-Drucks. 14/6040, S. 232), die – wie vom Gerichtshof ausgeführt (EuGH, aaO Rn. 54) – auch die Deutung zulässt, dass das vertragswidrige Verbrauchsgut durch die als Ersatz gelieferte Sache auszutauschen ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch den in § 439 Abs. 4 BGB enthaltenen Verweis auf § 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB, wonach der Verkäufer seinerseits die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen kann, zum Ausdruck gebracht, dass dem Begriff der ‚Lieferung einer mangelfreien Sache‘ in § 439 Abs. 1 BGB ein gewisses (Aus-)Tauschelement innewohnt (...).“

2. Frage: Hat der Kläger einen Anspruch auf Zahlung der Ausbauskosten?

I. Ein Anspruch des Klägers auf Zahlung der Ausbauskosten kann sich aus § 439 Abs. 2 BGB ergeben.

Der EuGH hat entschieden, dass Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG so auszulegen ist, dass der Verkäufer verpflichtet ist, den Ausbau einer mangelhaften Sache selbst vorzunehmen **oder** die Kosten für den Ausbau zu tragen. Damit hat der EuGH kein Wahlrecht des Käufers begründet. Es besteht nur ein Wahlrecht bei der Umsetzung der Richtlinie durch Gesetzgebung und richtlinienkonforme Rechtsanwendung durch die Gerichte.

„[27] b) Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB führt – anders als die Revisionserwiderung meint – **nicht dazu, dass dem Käufer im Rahmen des Nacherfüllungsverlangens ein Wahlrecht dahin zusteht, ob er dem Verkäufer den Aus- und Einbau gestattet oder diese Arbeiten selbst durchführt und den Verkäufer nur auf Kostenerstattung in Anspruch nimmt. ...**“

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der Ausbaukosten aus § 439 Abs. 2 BGB.

II. Ein Anspruch auf Erstattung der Ausbaukosten kann sich aus **§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB** ergeben.

Der Kläger hat der Beklagten keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Da die Fristsetzung auch nicht entbehrlich ist, besteht kein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB.

3. Frage: Hat der Kläger einen Anspruch auf Lieferung neuer Fliesen und Ausbau der alten Fliesen, wenn die Beklagte einwendet, dass die Ausbaukosten i.H.v. 2.122,37 € sie unverhältnismäßig belasten würden?

Der Kläger hatte gegen die Beklagte zunächst einen Anspruch aus § 439 Abs. 1 BGB auf den Ausbau der mangelhaften Fliesen.

Fraglich ist, welche Rechte dem Kläger zustehen, wenn die Beklagte die Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 3 S. 1 BGB verweigert.

1. § 439 Abs. 3 S. 1 BGB könnte für die Nachlieferung unanwendbar sein, weil eine Nachbesserung unmöglich ist und damit die Gefahr besteht, dass der Käufer gar keinen Nacherfüllungsanspruch hat.

„[29] § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB erlaubt dem Verkäufer, die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung zu verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Die genannte Regelung enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass sie sich auf die Fälle beschränkt, in denen beide Formen der Nacherfüllung möglich sind und lediglich eine Abhilfevariante im Verhältnis zu der anderen unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht (relative Unverhältnismäßigkeit). Vielmehr ergibt sich aus den Bestimmungen des § 439 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 BGB und des § 440 Satz 1 BGB eindeutig, dass nach der Konzeption des Gesetzes beide Formen der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert werden können und damit der Begriff der Unverhältnismäßigkeit absolut zu verstehen ist. § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB beschränkt den Anspruch des Käufers für den Fall, dass der Verkäufer die eine Form der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert, zunächst auf die andere Art der Nacherfüllung, sieht aber weiter vor, dass das ‚Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern‘, unberührt bleibt. Auf diese Regelung nimmt § 440 Satz 1 BGB Bezug, der den Käufer unter anderem dann vom Erfordernis einer Fristsetzung vor der Geltendmachung von Rücktritt oder Schadensersatz befreit, ‚wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 [BGB] verweigert.‘“

Bei wortgenauer Anwendung des § 439 Abs. 3 S. 1 BGB hat der Kläger keinen durchsetzbaren Nacherfüllungsanspruch.

2. Nach Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG ist der Verkäufer verpflichtet, den Ausbau einer mangelhaften Sache selbst vorzunehmen **oder** die

Kosten für den Ausbau zu tragen. Für den Fall, dass nur eine Form der Nacherfüllung möglich ist und diese unverhältnismäßige Kosten verursacht, hat der EuGH entschieden, dass auch eine reduzierte, verhältnismäßige Kostenbeteiligung des Verkäufers den Vorgaben der Richtlinie entspricht.

Diese europarechtlichen Erfordernisse können nicht durch richtlinienkonforme Auslegung erfüllt werden, da der Wortlaut für so weitgehende Modifikationen keine Anhaltspunkte bietet. § 439 Abs. 3 BGB ist richtlinienkonform teleologisch zu reduzieren.

a) Die teleologische Reduktion setzt eine **verdeckte Regelungslücke** voraus. Diese ergibt sich daraus, dass § 439 Abs. 3 BGB bei uneingeschränkter Anwendung nicht richtlinienkonform ist, der Gesetzgeber aber eine der Richtlinie entsprechende Regelung treffen wollte.

*„[31] a) Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine **verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes** voraus (Senatsurteil vom 26. November 2008 – VIII ZR 200/05, aaO Rn. 22 mwN). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt.*

[32] aa) Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Einrede der Unverhältnismäßigkeit zwar so ausgestalten wollte, dass sie mit der Richtlinie vereinbar ist, er hierbei jedoch Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie so verstanden hat, dass dieser auch die absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse (vgl. auch Staudinger, aaO). ...

[33] bb) Das der Fassung des § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB zugrunde liegende Verständnis, dass Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie auch die absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse, ist jedoch fehlerhaft, wie der Gerichtshof nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie erlaubt es nur, den Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts auf einen angemessenen Betrag zu beschränken, nicht jedoch, den Anspruch des Verbrauchers auf Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Abhilfe wegen Unverhältnismäßigkeit der Ein- und Ausbaukosten völlig auszuschließen. Die gesetzliche Regelung in § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB steht folglich in Widerspruch zu dem mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts verfolgten Grundanliegen, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bis zum Ablauf des 31. Dezember 2001 ordnungsgemäß umzusetzen (vgl. hierzu auch BT-Drucks. 14/6040, S. 1).

[34] cc) Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig (...). Es liegt eine verdeckte Regelungslücke vor, weil der Wortlaut des § 439 Abs. 3 BGB, der ein Verweigerungsrecht bei absoluter Unverhältnismäßigkeit einschließt, keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Diese Unvollständigkeit des Gesetzes ist deswegen planwidrig, weil hinsichtlich der Einrede der Unverhältnismäßigkeit ein Widerspruch zur konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers besteht (...).“

b) Die Regelungslücke ist durch teleologische Reduktion zu schließen.

aa) Dazu sind im Anschluss an das Urteil des EuGH verschiedene Lösungen vertreten worden.

„[38] aa) Nach dem Vorschlag von Faust (JuS 2011, 744, 747 f.), dem sich die Revision inhaltlich anschließt, soll der Verkäufer den Aus- und Einbau nach § 439 Abs. 3 BGB verweigern dürfen, sofern sich nicht der Verbraucher zur Beteiligung an den Kosten bereit erklärt. Dieser Ansatz erscheint jedoch insofern problematisch, als er dem Verkäufer die Möglichkeit einer völligen Verweigerung des im Rahmen der Ersatzlieferung nach § 439 Abs. 1 Fall 2 BGB geschuldeten Aus- und Einbaus bis

zur Abgabe einer Erklärung des Verbrauchers eröffnet. Dies ist unvereinbar mit der Vorgabe des Gerichtshofs, die Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers dürfe nicht dazu führen, dass die dem Verbraucher zustehenden Rechte in der Praxis ausgehöhlt werden (vgl. EuGH, aaO Rn. 76).

[39] bb) Förster (aaO [ZIP 2011, 1493] S. 1500) schlägt vor, § 439 Abs. 3 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Verkäufer die Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Nacherfüllung nicht verweigern, sondern nur unter Berücksichtigung von § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB der Höhe nach angemessen herabsetzen darf. ... Es ist jedoch **praktisch nicht durchführbar, die tatsächliche Vornahme des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Sache auf einen angemessenen Umfang zu begrenzen** (vgl. auch Ayad/Schnell, BB 2011, 1938, 1939).

[40] cc) Ein anderer Lösungsansatz besteht darin, die Anwendung des § 439 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 BGB für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs ganz auszuschließen (Purnhagen, aaO [EuZW 2011, 646] S. 629 f.; Staudinger, aaO [DAR 2011, 502] S. 506; Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244). Hierbei fehlt es jedoch an einer überzeugenden rechtlichen Konstruktion, die es dem Verkäufer gleichwohl ermöglicht, den Ersatz der Ein- und Ausbaurkosten auf einen angemessenen Betrag zu begrenzen. Eine solche ist jedoch erforderlich, um dem vom deutschen Gesetzgeber mit der Schaffung des § 439 Abs. 3 BGB verfolgten Ziel einer Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers (vgl. BT-Drucks. 16/6040, S. 232) in dem europarechtlich (noch) zulässigen Umfang Rechnung zu tragen.

[41] (1) Teilweise wird versucht, eine Begrenzung der Kostentragungspflicht des Verkäufers dadurch zu erreichen, dass dieser im Hinblick auf den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der als Ersatz gelieferten Kaufsache **von vornherein** nicht zu deren Vornahme, sondern **nur zur Erstattung der dafür erforderlichen Kosten verpflichtet sein soll und diese angemessen reduziert werden können** (vgl. Pfeiffer, LMK 2011, 321439 sowie den Alternativvorschlag von Faust, aaO). Dieser Ansatz übersieht jedoch, dass die Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers auch dazu dienen soll, dem Verkäufer die ‚**Möglichkeit zur zweiten Andienung**‘ einzuräumen (BT-Drucks. 16/6040, S. 220; vgl. hierzu Senatsurteil vom 23. Februar 2005 – VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 227 f.). Mit dem hierdurch zum Ausdruck kommenden Ziel, bereits im Rahmen des § 439 Abs. 1 BGB auch den Interessen des Verkäufers Rechnung zu tragen, wäre es nur schwer zu vereinbaren, wenn der Verkäufer im Rahmen der Ersatzlieferung den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache nicht selbst vornehmen dürfte, sondern von vornherein dem Käufer die hierfür erforderlichen Kosten schuldet. Denn der Verkäufer wird in vielen Fällen den Aus- und Einbau günstiger bewerkstelligen können als der Käufer (vgl. Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243). ...“

bb) Der BGH entschied, dass auch bei unverhältnismäßig hohen Ausbaurkosten der Verkäufer zunächst zum tatsächlichen Ausbau verpflichtet und berechtigt ist. Erst die Verweigerung der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit führt zum Entstehen eines Kostenerstattungsanspruchs in Höhe eines angemessenen Betrags.

„[35] b) Die bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bestehende verdeckte Regelungslücke ist durch eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu schließen. Die Vorschrift ist in solchen Fällen einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert. **In den zuletzt genannten Fällen beschränkt sich das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu**

verweigern, auf das Recht, den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen. Bei der Bemessung dieses Betrags sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht ausgehöhlt wird (EuGH, aaO Rn. 76). ...

[49] 8. Der – auf eine angemessene Höhe begrenzte – Anspruch des Klägers auf Erstattung der für den Ausbau der mangelhaften Fliesen entstehenden Kosten setzt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht voraus, dass der Kläger den Austausch bereits vorgenommen hat und die Kosten schon entstanden sind. Der Kläger kann vielmehr den Anspruch bereits vor Durchführung des Ausbaus in Form eines abrechenbaren Vorschusses geltend machen (so auch Kaiser, aaO S. 984 f.). Dies ergibt sich aus dem in der Richtlinie enthaltenen Unentgeltlichkeitsgebot.

[54] ... Der Anspruch ist auf insgesamt 600 € zu begrenzen. Dieser Betrag erscheint dem Senat unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit (optischer Mangel der Fliesen ohne Funktionsbeeinträchtigung) und des Werts der mangelfreien Sache (circa 1.200 €) angemessen. Der Senat sieht davon ab, Grenzwerte für die Bestimmung der angemessenen Höhe einer Beteiligung des Verkäufers an den Aus- und Einbaukosten in Fällen der Ersatzlieferung zu entwickeln; die durch die Entscheidung des Gerichtshofs aufgedeckte Gesetzeslücke durch eine generelle Regelung zu schließen, ist dem Gesetzgeber vorbehalten.“

Da die Beklagte die Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigert hat, hat die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 600 €.

Das Verfahren hatte die ursprünglich vom Kläger geltend gemachten Kosten für den Einbau der nachgelieferten Fliesen nicht mehr zum Gegenstand. Die Einbaukosten sind aber nach der Entscheidung des EuGH gleich zu behandeln. Der Käufer hat in richtlinienkonformer Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Einbau der nachgelieferten Sache. Einen Anspruch auf Ersatz der Einbaukosten hat er unter den Voraussetzungen des § 281 BGB oder dann, wenn die Nachbesserung unmöglich ist und der Verkäufer den Einbau gemäß § 439 Abs. 3 S. 1 BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert. Im letzteren Fall reduziert sich der Kostenerstattungsanspruch auf einen angemessenen Betrag.

Der BGH hat die Vorgaben des EuGH so umgesetzt, dass das deutsche Recht möglichst wenig modifiziert ist. Entscheidend ist, dass der Käufer keinen unmittelbaren Anspruch auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten hat. Es bleibt das vor allem durch § 281 BGB gewährleistete „Recht zur zweiten Andienung“ erhalten. Der Verkäufer Aus- und Einbau in jedem Fall – auch bei unverhältnismäßigen Kosten – selbst vornehmen. Die Interessen des Käufers sind dadurch gewahrt, dass er dem Verkäufer eine Frist zum Aus- und Einbau setzen kann.

Josef Alpmann

Da keine weiteren Kriterien genannt sind, wird man in Klausuren auch nur unter Berücksichtigung der Schwere des Mangels und des Werts der mangelfreien Sache eine pauschale Schätzung vornehmen können.